per quadragenariam.

RAGIONAMENTO

Su la conservazione della carta originale del testamento scritto

Per la causa di Ferretti

Nel S. R. C.

Occasione del dubbio suscitato.

NElla causa, che il S.C. decider dee, della *spettanza* di un preteso fedecommesso ordinato da Giosseppe Ferretti nell'anno 1744, si offre una quistione di dritto, che per la prima volta si vien forse ad agitare. L' esecuzion si dimanda di uno scritto testamento, che ritrovasi tradotto dal notajo nel suo *protocollo*, ma di cui l' *autentico* nè nel *protocollo* stesso, nè in altra qualunque parte si rinviene. Non presentato in giudizio, non osservato questo testamento per lo corso di più di mezzo secolo, se ne vuole ora l'esecuzione per quella parte, che un fedecommesso si dice di contenere, in faccia a stranieri possessori, che nel periodo di tanto tempo han fatto pacificamente acquisto de' beni, dal voluto testatore provenuti.

Dimostrò il S. C. un lodevole desiderio, che siffatta quistione, generalmente per poco riguardata, si trattasse con qualche accuratezza. Credei di farlo nel miglior

modo in parlare la caufa nella ruota, ed attinfi da' puri fonti del dritto romano, e dalla ragione de' mezzi tempi quelle notizie, che meglio fviluppavano l'argomento. Altro efame, ed altro tempo fi richiedea per difporle ordinatamente in una memoria, e per arricchirle di moderata erudizione. Ma poichè con fomma fretta è piaciuto di ftabilir la decifione della caufa, raccoglierò quì, per quanto poffibil fia, quafi in un fafcio, le idee principali.

Dritto antico romano.

Nacque il teftamento appo i romani nel modo il più folenne, che riconofcano i popoli culti, perocchè fu ad una pubblica legge affimigliato: e quantunque ne' tempi feguenti parecchie fogge di teftamenti all'antica fuccederono, pure mai fempre cercandofi il primo coftume di adombrare, gli fteffi caratteri ritenne di rito folenne, e gli conferva tuttora. E' forfe l'unico atto, facrofanto nelle civili focietà, e preffo di tutte le nazioni di qualche cerimonia riveftito, nel quale le folennità coftituifcono anche oggidì l'effenza dell' atto fteffo, che nulla conofce per ragion di pruova da altra pruova facile a fupplirfi, ma tutto per *forma foftanziale* ricerca, di tal che una menoma parte de' caratteri fuoi fendo monca, crolla il teftamento fcritto, laddove ancora indubitata foffe la fua veracità

cità (1). Fra di queste indelebili forme ebbe sempre luogo per dritto romano (nostra ragion comune oggidì), ed indi per gli usi susseguenti , la esibizione delle *tavole originali* testamentarie , e la loro accurata conservazione.

Introdotto in Roma l'uso costante del testamento pretorio, ch'è quello praticato fra noi, soleano i testatori far deposito delle *tavole* testamentarie , da loro solennemente scritte, o in un luogo privato , vale a dire in poter di un amico, di un liberto, ovvero in pubblico luogo, fosse in un tempio , o in potere de' sacerdoti custodi (2). Giulio Cesare , ed Augusto , al dir di Suetonio, diedero a conservare i loro testamenti alle vergini vestali (3).

Alla morte del testatore dovean *le tavole* del testamento così *originalmente* esibirsi , e contro a' conservatori di esse propose il pretore l'editto suo , ch'è inserito ne' digesti, *de tabulis exhibendis* (4). E tanto l'*autentico*

(1) *Leg.* 21 *Cod. de testam.*
Petr. Gilken. in leg. sec. Cod. de testam. n. 8.
(2) *Bris. de form. lib.* 7 §. 9.
(3) *Sueton. in Cæsar. cap.* 83, & *in Octav. c.* 101.
(4) *Tit. dig. de tab. exhib.*

tico testamento era necessario per eseguirsi, che dove anche taluno dimostrava evidentemente, che nel testamento fosse erede, o gli era scritto il legato, non potea l'eredità, o il legato ottenere, ma solo contro al detentore delle *tavole originali* gli competea l'azione *quanti intererat*, che l'*autentico* esibito si fosse (1).

Presentate le *originali tavole* del testamento, se ne facea la solenne apertura, la di cui forma, oltre a parecchie leggi del digesto, e del codice (2), ci è lasciata scritta dal giureconsulto Paolo ne' suoi libri delle ricevute sentenze. Cotal' apertura de' testamenti, finchè furono in vigore le leggi caduche, e della vicesima sulle successioni testamentarie, dovea seguire fra il triduo, o fra cinque giorni al più dalla morte del testatore, per non farsi frode all' erario: e di qui è, che nel comento alla legge giulia tratta il giureconsulto Paolo del modo di aprirsi i testamenti. Eccone le parole: *Tabulæ testamenti aperiuntur hoc modo, ut testes, vel maxima pars eorum adbibeantur, qui signaverint testamentum: ut ita agnitis signis, rupto lino, aperiatur, & c.*

---

(1) *L.* 1 *& l.* 2 §. 11 *D. de tab. exbib.*

(2) *Tot. tit. quemad. testam. aperiant.*

& recitetur, atque ita describendi exempli fiat potestas, ac deinde SIGNO PUBLICO OBSIGNATUM IN ARCHIUM REDIGATUR, *ut si quando exemplum ejus interciderit, sit unde peti possit* (1). Da queste parole chiaro si raccoglie, che l' *autentico* testamento, solennemente aperto, nel pubblico registro si inseriva, nè perchè aperto si fosse, l' *originale*, che la volontà del testatore contenea, inutile si reputava. La sola carta *originale* facea fede della copia cavata fuori, e ciascuno l' *autentico* testamento riguardar potea.

Avveniva alcune volte, che faceasi il testamento, dove registro pubblico non v'era: maggiore solennità richiedevasi allora. Prosiegue lo stesso giureconsulto: *Testamenta in municipiis, coloniis, oppidis, præfectura, vico, castello, conciliabulo facta, in foro, vel basilica, præsentibus testibus, vel honestis viris, inter horam secundam & decimam diei recitari debent, exemploque sublato, ab iisdem rursus magistratibus obsignari, quorum sententia constat aperta* (2). Ma che avveniva allora delle *tavole originali*, così da' magistrati riconosciute, e del pubblico suggello impresse? Ulpiano ne trasmise

 a noi

(1) *Paul. recept. sentent. lib. 4 tit. 6.*
(2) *Paul. rec. sent. l. 4 t. 6.*

ſe a noi la memoria. Nel determinare queſto giureconſulto l' uffizio dell' arbitro nella diviſione della eredità, così ſcrive: *Tabulas teſtamenti debebit judex aut apud eum, qui ex majore parte heres eſt, jubere manere, aut in æde deponi. Nam & Labeo ſcribit vendita hereditate tabulas teſtamenti deſcriptas deponi oportere: heredem enim exemplum debere dare, TABULAS VERO AUTHENTICAS IPSUM RETINERE, AUT IN AEDE DEPONERE* (1). Or per poco, che ben ſi conſideri l' arrecato frammento, ſi riconoſcerà vie ſempre più volentieri l' importanza, che i romani conoſcevano dell' *autentico* teſtamento. Ragiona Ulpiano del teſtamento già aperto, poichè ne tratta nella diviſione della eredità, e pur vuole, che geloſamente ſi cuſtodiſca o in ſacro luogo, ovvero appo l' erede, che l' intereſſe maggiore aver dee a ſerbar ſempre ſalda la volontà del defunto: tanto è vero, che la ſola *originale* ſcrittura può in ogni tempo aſſicurarla.

Dritto romano delle coſtituzioni degl' Imperadori.

Iſtituito dopo la trasmigrazione della ſede dell' impero in Conſtantinopoli l' uffizio cenſuale, che ad una pubblica magiſtratura di volontaria giurizione riſpondea

(1) *L.* 4 §. 1 *D. familiæ erciſcundæ*.

dea (1), preſſo il maeſtro del cenſo ſi facea de' teſtamenti la pubblicazione, e nell' uffizio ſteſſo cenſuale il teſtamento *originale* ſi conſervava (2). Or s' introduſſe allora il coſtume, che per maggior ſicurezza ſoleano alcune fiate i teſtatori far pubblicare in loro vita i teſtamenti da eſſi ſcritti, e negli atti cenſuali inferirgli, prendendo intanto il documento della pubblicazione fatta del teſtamento, e della ſua *inſinuazione*: non altrimenti, che ſe da principio negli atti pubblici lo aveſſer fatto ſolamente, ch'è quel teſtamento *apud acta*, di cui ragiona una legge del codice, ed una novella dell' imperador Valentiniano (3), e che oggigiorno tuttavia ſi riconoſce (4). Coteſta formola di pubblicarſi il teſtamento vivente il teſtatore in preſenza di tutta la curia del luogo, uno de' prezioſi monumenti dell' antichità, fu rapportata dal monaco Marculfo nel ſuo libro delle

(1) *Bulenger. de Imperator., & Imp. Rom. lib. VI cap.* 58.

(2) *Buleng. loc. cit.*

(3) *L.* 19 *C. de teſtam., & Novel. Valent. de teſtamentis.*

(4) *Cujac. in l.* 4 *ſentent. Paul. tit. VI.*

formole, e a noi l' ha conservata Giacomo Cujacio, il quale da Emaro Ranconneto *divino immortalique beneficio* scrive di averla imparata. Eccone le parole: *Anno illo, sub die illa, civitate illa, adstante defensore, & omni curia illius civitatis, Titius prosequutor dixit: peto, optime defensor, vosque laudabiles curiales, atque municipes, ut mihi codices publicos patere jubeatis: quædam enim in manibus habeo, quæ gestorum cupio allegatione roborari. Defensor, & curiales dixerunt: patent tibi codices publici, prosequere, quæ optas. Prosequutor dixit: Gajus vir illustris, ut mos est, mihi mandavit, testamentum gestis municipalibus insinuarem. Defensor dixit: amanuensis mandatum accipiat, & recitet. Post recitationem mandati defensor dixit: mandatum quidem recitatum est, sed testamentum, quod præ manibus te habere dicis, etiam nobis præsentibus recitetur, & ut postulas, gestis publicis firmetur. Post recitationem testamenti defensor, & curiales dixerunt: TESTAMENTUM QUOD RECITATUM EST, GESTIS PUBLICIS INSERATUR. Prosequutor dixit: hoc amplius peto, optime defensor, ut mihi gesta publice edantur. Defensor, & ordo curiæ dixerunt: quia testamentum, & mandatum rite condita, & bonorum virorum* sub-

subscriptionibus firmata cognovimus, æquum est, ut gesta quum a nobis fuerint subscripta, & ab amanuensi edita, tibi ex more tradantur, eademque in actis publicis conserventur (1).

Non altra si era la solenne pubblicazione, quando dopo la morte del testatore si facea delle tavole l'apertura. Con quanta forza la descrive S. Agostino! *Tamdiu contenditur de hereditate mortuorum, quamdiu testamentum proferatur in publicum: & quum testamentum prolatum fuerit in publicum, tacent omnes, ut tabulæ aperiantur, & recitentur. Judex intus audit, advocati silent, præcones silentium faciunt, universus populus suspensus est, ut legantur verba mortui non sentientis in monumento. Ille sine sensu jacet in monumento, & valent verba ipsius: sedet Christus in cælo, & contradicitur testamento ejus* (2).

Poichè intanto preso ebbero i testamenti, sia in vita pubblicati, o dopo la morte del testatore, questa forma solenne nell'apertura di essi, cominciarono a distinguersi tre atti diversi nella loro pubblica ragione: l'*insinuazione* del testamento, l'apertura, e la pubbli-

A 6 ca-

(2) *Cujac. in lib. 4 sent. Paul. t. 6.*

(1) *S. August. in psalm. 21.*

cazione dello stesso. L'*insinuazione* era, quando taluno al competente magistrato del luogo presentava il testamento, sia chiuso, sia che allora ne facea far la lettura, perchè negli atti pubblici si registrasse: e questo atto della *insinuazione* de' testamenti era lo stesso nelle donazioni (1). L'apertura del testamento era quella spiegata già colle parole del giureconsulto Paolo, solamente conosciuta per lo antico dritto romano, e che sola è rimasa oggi fra noi, quando i testimonj riconoscono i loro suggelli in presenza di coloro, che sono nel testamento interessati. La pubblicazione in fine era quell'atto, onde il testamento, solennemente riconosciuto, mercè l'autorità del magistrato ne' pubblici monumenti, *gesta* così detti, si inseriva, e si conservava. Pietro Gilkenio nel suo pregiato comento del codice è l'autore della fatta diciferazione, che da espresse leggi fluisce. *Aliud est* (egli dice) *insinuare testamentum, aliud aperire, aliud denique publicare. Insinuare, quando quis testamentum clausum defert ad competentem magistratum. Aperire, quum quis præsentibus illis, quorum interest, item testibus, qui sua sigilla recognoscant, illud resignari curat. Publicare*

(1) *L.* 23, 27, & 30 *Cod. de donat.*

re denique est efficere, ut auctoritate competentis judicis testamentum solemniter agnitum in publica monumenta, quæ gesta vocantur, conferatur (1).

Or cotante solennità, che nella riconoscenza, dirò così, dello scritto testamento si praticavano, sembra, che avesser dovuto sottrarre dal peso di conservare l'*originale* scrittura, massime perchè facendosi la pubblicazione del testamento innanzi al magistrato, *adstante omni curia loci*, e del testamento in tal modo recitato, e pubblicato dandosi i monumenti; superflua ogni altra cura reputarsi potea per quella *originale* scrittura, così solennemente comprovata. Ma no: ricordevoli sempre le leggi romane del primo antichissimo testamento ne' solenni comizj del popolo, ne' quali l'esibizione, che facea il testatore delle *tavole* testamentarie, formava la solennità della legge: ricordevoli, che nell'altro genere di testamenti *per æs & libram* appellati, tenendo il testatore le *tavole* fra le mani, quelle cose, che in *his tabulis cerisque scripta sunt*, si eseguivano (2); vollero mai sempre, che niuna nuova solennità di trascurar permettesse quelle *tavole ori-*

 gina-

(1) *Gilken. in Cod. in L.* 18 *de testam. num.* 2.

(2) *Ulp. fragm. tit.* 20 §. 9.

ginali , che ſolamente della volontà del defunto fan fede. Quindi ſiccome Ulpiano dice, che l' *autentico* teſtamento accuratamente dovea conſervarſi : ſiccome Paolo ne avverte , che dopo l'apertura ſi depoſitava nel pubblico regiſtro della città; così dietro anche agl' introdotti ſolenni della *inſinuazione* , e della pubblicazione, le *tavole* teſtamentarie *autentiche* conſervarſi doveano , e non conſervandoſi , vana ſi rendea la volontà del defunto, nè più eſecuzion meritava . Eccone oltre alle già dette coſe il reſcritto degl' imperadori Arcadio, ed Onorio, inſerito nel codice giuſtinianeo : *TESTAMENTA OMNIA*, *ceteraque*, *quæ apud officium cenſuale publicari ſolent* , *IN EODEM LOCO RESERVENTUR* , *NEC UNQUAM PERMITTATUR FIERI ULLA TRANSLATIO*: *MOS NAMQUE RETINENDUS EST FIDELISSIMÆ VETUSTATIS*, *QUEM SI QUIS IN HAC URBE VOLUERIT MUTARE* , *IRRITAM MORTUORUM VIDERI FACIET VOLUNTATEM* (1).
Non può nè più preciſo , nè più elegante eſſere il reſcritto degl' imperadori. Nello ſtabilire la coſtante conſervazione dell' *autentico* teſtamento, ne minacciano la inva-

(1) *L.* 18 *C. de teſtam.*

invalidità, quando conservato non sia. Adducono inoltre la ragione dello stabilimento, *il costume della veneranda antichità*: ciò che meglio conferma la storia della romana legislazione testè raccolta circa alla non mai interrotta conservazione degli *originali* testamenti.

Istrumenti romani.

E cosiffatto costume di conservarsi con tanta cura l'*autentico*, e di darsi la copia agl'interessati, è di un dritto singolare solo ne' testamenti, che in ogni tempo vedrassi serbato. Non è altrimenti oscuro il modo, come presso a' romani si faceano gl'istrumenti da' pubblici tabellioni, che sono oggidì i nostri notaj. Aveano essi il costume di scrivere su del papiro senza distinzione di fogli interi, o incominciati, quelle, che oggi si chiamano *minute*, allora dette *instrumenta in scheda conscripta*: indi meglio stabiliti i patti fra' contraenti, mettevano in bello la *minuta*, e formavano *instrumenta in mundum recepta*, che era l'istrumento *originale* soscritto dalle parti, e che solo potè aver vigore in giudizio dopo la costituzione di Giustino: *non aliter* (son le parole della legge) *vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibusque partium sint confirmata* (1). Or le *minute* non si conservavano da' no-

(1) *L.* 17 *Cod. de fid. instrum.*

notaj, e gli ſtrumenti *originali* ſi davano, come ſi è detto, a' contraenti, e di eſſi ſi facea uſo in giudizio. Perchè poi dunque era altro nel teſtamento ſcritto il coſtume, e l' *originale* con tanta religione ſi riguardava? Il giureconſulto Ulpiano nell' aſſicurarci di queſta verità, ce ne forniſce inſieme la ragione. E' ſuo reſponſo, che ſe a taluno ſia ſtato involato l' iſtrumento, non poſſa accordarſegli l' azion di furto, *ſi alias probationes haberet*, ugualmente che ſe *in binis tabulis inſtrumentum ſcriptum ſit* (1), poichè ſoleanſi alcune fiate due ſimiglianti iſtrumenti formare. Ma quali ſarebbero ſtate *le altre pruove*, ſe l' *autentico* teſtamento s' involava? Queſta ragione adunque induſſe le leggi romane all' additata ſingolarità ne' teſtamenti, che l' *originale* mai ſempre ſi conſervaſſe, e le copie foſſero in giudizio eſibite (2).

Sin qui il dritto romano, del quale ſe voleſſe alcuno nuovi garanti oltre a' luoghi rapportati, conſulti il Bu-

(1) *L.* 27 *D. de furt.*

(2) Vegganſi i moderni maurini nel loro trattato di diplomatica *part.* 3 *cap.* *V* *art.* 3 § *IV.*

Bulengero (1), Pietro Gilkenio (2), il noſtro italiano Scipione Maffei nella ſua ſomma opera dell'iſtoria diplomatica (3), e i moderni marini (4), preſſo a' quali tutti ſi rinviene la neceſſità di conſervar l'*autografo teſtamento*.

Piaceſſe al cielo, e ne' ſecoli poſteriori ſi poteſſe incontrar tanto lume. Ma le tenebre dell'ignoranza ſparſe da per ogni dove alla caduta dell'impero romano, e gl'incendj, e le ruine, e i ſaccheggi, che l'inondazione de' barbari accompagnarono, ſono danni ſterminatori, de' quali in tutt' i ſecoli ſi riſentiranno le lettere. Pur nella caligine de' baſſi tempi veggaſi per poco colla ſcorta de' grandi uomini, che vi durarono immenſe fatiche, che ſi ha ſull'argomento; e ſe il dritto romano è ſtato unquemai per queſta parte, ſia da legge ſcritta, ſia da ricevute coſtumanze alterato.

E' coſa riſaputa, che coloro, che oggigiorno appelliamo no- (Uſi ne' mezzi tempi circa i notaj, e le minute.)

(1) *Buleng. de imp. & imper. lib. IV cap.* 8, & *l. VI cap.* 58.

(2) *Gilken. in cod. ad l.* 2, & 18 *de teſtam.*

(3) *Maffei iſtor. diplomat. pag.* 93.

(4) *Nouveau traité de diplomatique prem. partie chap. V §. IV.*

notaj, non sono gli antichi *notarii*. Quegli eran così detti dalle *note*, o sia cifre, mercè le quali con somma celerità scrivevano le orazioni, che recitavansi, o altre cose dettate: i moderni, che sono gli antichi tabellioni, ne presero il nome dalle *note*, o *notule*, che erano le *minute* de' contratti, che facevano (1). Or si legge presso a' moderni maurini, che *questi uffiziali han sempre, o quasi sempre sussistito in Italia, e in alcune altre contrade, dove si è seguito il dritto romano* (2). Qualche monumento se ne conserva dell' ottavo secolo, e parecchi del nono, al pari, che de' secoli appresso. Adelchisio duca di Benevento, che reggeva allora quasi tutto quello, che ora è regno di Napoli (3), verso la metà del secolo nono ordinò in un suo capitolare la necessità della soscrizione del notajo in tutt'i pubblici atti (4).

E' incerto, se i notaj conservassero ne' secoli di mezzo la carta *originale* degli atti, che presso di loro si spediva-

(1) *Traité nouv. de diplom. trois. part. chap. V art. III* § *IV.*

(2) *Nuov. traitè l. c.* § *II.*

(3) *Giann. istor. civ. l. IV c.* 2.

(4) *Nuov. traitè de diplom. Ibid.*

divano: è ſicuro però, che verſo i principj del ſeco-lo decimoterzo cominciarono a farlo accuratamente, ritenendo la *minuta*, onde ricavavano all'uopo gli eſemplari: e di ciò fu, che ſiccome la *minuta* ſi dicea *nota*, furono anche i notaj chiamati *guardanote*. Il ſommo Mabillon da una carta del XIV ſecolo raccoglie evidentemente, *ante id tempus in more fuiſſe, ut notarii, & tabelliones publici minuta (quæ vocant) inſtrumentorum exemplaria apud ſe reſervarent: id autem obtinuiſſe ſeculo decimo tertio veriſimile eſt* (1). I moderni maurini ſono dello ſteſſo avviſo, per la noſtra italia particolarmente: *In Italia* (eſſi ſcrivono) *ſin dal tempo di Papa Innocenzio III ſi conſervavano le minute degli atti notareſchi* (2). E finalmente il non mai lodato abbaſtanza Ludovico Antonio Muratori in una delle ſue diſſertazioni ſulle antichità italiane arreca i diverſi modi degli ſtrumenti ne' ſecoli di mezzo, e ſcrive in tal modo: *Trovanſi tre ſorte di ſtrumenti de' vecchi ſecoli. Sono: primi gli autografi, o ſieno gli originali, o protocolli, che il notajo*

 ſcri-

(1) *Mabillon da re diplom. l. 2 cap. XIII.*

(2) *Noveau traité de diplomatique contin. de la trois. part. chap. V. art. III n. V.*

ſcrivea, e poi conſegnava a' contraenti: nè è ben chiaro, ſe altra ſimile pergamena reſtaſſe in mano di lui, per ricavarne, occorrendo, altre copie autentiche. Si riconoſcono queſti dalla varietà della mano de' teſtimonj, che ſottoſcrivevano. Secondariamente abbiamo altre pergamene, dove compariſcono i teſtimonj ſottoſcritti, ma ſenza diverſità di carattere. Se il notajo, che fece la prima copia, ſi ſottoſcrive, ſegno è aver egli ſomminiſtrato a chi occorreva quelle copie autentiche, ricavate dall' originale. La terza ſpecie d' iſtrumenti conſiſte in copie fatte da ſuſſeguenti notaj, e ricavate dal precedente originale, nel che ſi dee ſtar bene attento per non eſſere ingannato. Solevano ſiffatti notaj proteſtare di avere ricavata quella copia dall' originale, del che abbiamo molti eſempli (1).

Dalle coſe vedute ſi conoſce patentemente, che in neſſun caſo lo ſtravagante privilegio alla perſona del notajo fu dato da' coſtumi, che a voglia ſua con una nuda carta, da lui ſoſcritta e data fuori, di qualunque atto aſſicuraſſe. Concioſſiachè o l' *autentico* iſtrumento in mano delle parti ſteſſe ſi conſegnava, ſot-

(1) *Muratori diſſertazioni ſopra le antichità italiane diſſertazione XII.*

sottoscritto come era da loro, e da' testimonj, ed allora poeta bene esser dispensato forse il notajo di conservarne altra pergamena, perchè nulla alla sicurezza della carta mancava, quando l' *autentico* era in giudizio esibito. Ovvero le copie dava egli fuori, e in tal caso l' *originale* dovea ritenere, che passava anche in altri susseguenti notaj, e da questo dovean dirsi le copie ricavate. Che anzi soggiugne Muratori, che era obbligato il notajo ad esibire l' *originale*, ed a produrre i testimonj dell' istrumento, tostochè per poco della sua veracità si dubitasse. Tanta era in barbari tempi la cura, che delle pubbliche carte si prendea, e tanto mostruosa cosa sembrò mai sempre, che da un sol uomo ne dipendesse la fede.

Verso la fine dello stesso secolo XIII, e il principio del vegnente, surse presso a' notaj l' uso de' *protocolli*, che dalla Francia sembra di aver avuto cominciamento. S' ingannò Claudio Salmasio, allor quando opinò, che presso a' romani ancora erano i *protocolli* le *minute* de' contratti legate ed unite insieme in un solo volume (1): il sommo uomo riconobbe egli stesso l' erro-

Introduzione de' *protocolli*.

(1) *Salmas. de mod. usur. pag.* 414. &. *seqq.*

errore (1). I *protocolli* romani erano il contrasegno della carta, vale a dire un certo scritto che designava il nome *comitis sacrarum largitionum*, sotto la cui cura erano le cartiere. Ecco perchè Giustiniano ordinò, che i *tabellioni* non avessero in altre carte scritto, che in quelle, le quali *habent protocolla* (2).
Diversa significazione benvero riceverono ne' tempi posteriori. Dopo l'obbligo, che fu ingiunto a' notaj, di conservar le minute *originali*, sopravenne l'altro di unirle insieme, e di legarle per ordine di date: questo registro, che così si formava, fu detto *protocollo* (3). Rapporta il Mabillon la formola del giuramento notaresco de' principj del XIV secolo, la quale è così conceputa: *Contractus legitimos, processus, & acta judiciaria, & alia, quæ de jure officii mei exercebo, in protocolo sine morosa dilatione fideliter redigam, & postquam redacta fuerint, instrumenta super cis*

(1) *Salmas. not. sup. Vopis. in Firmo n.* 3 *pag.* 703 *edit. Holl.*

(2) *Nov.* 44. *Justinian.*
Cujac. in dict. novel.
Nuoveau traité de diplomat. l. cit.

(3) *Nouv. trait. ibid.*

eis conficere malitiose non differam, sed partibus, & *aliis, quorum intererit, pro justo, & moderato salario exhibebo* (1). Or questo bel monumento, siccome ne avverte il Mabillon, conferma vie sempre più il dovere de' notaj di conservare le *minute autentiche*, anche dopo la istituzione de' *protocolli*, che furono appunto que' libri a registrar le carte *originali* introdotti. Tanto è madornale l'errore, che il *protocollo* del notajo lo assolva dalla conservazione dell'*autentico*.

Dritto de' testamenti per l'Italia ne' secoli di mezzo.

Per quanto a' testamenti particolarmente si appartiene, neanche ci abbandonano affatto le memorie de' secoli di mezzo. Un prezioso monumento, verso la metà dello scorso secolo rinvenuto, e che formò l'ammirazione, e lo studio de' dotti, è a noi comunicato nell'opera diplomatica de' moderni maurini: tanto più pregevole, che la nostra Italia riguarda. E' desso un papiro, conservato al presente nella biblioteca di Parigi, che contiene cinque atti di pubblicazioni di testamenti, fatti in Ravenna nell'anno 552 innanzi a' magistrati della città. Tutta uniforme ne è la cerimonia alle leggi romane, e all'antica formola di Marculfo. Manca nel papiro il principio, ma indi si legge: *Defen-*

(1) *Mabillon lib. II loc. cit.*

fenfor q. l. (queftor laudabilis) & iterum magiftratus dux (dixerunt): quoniam de agnitis fignaculis, vel fuperfcriptionibus teftium refponfio patefecit, nunc carta teftamenti refignetur, linum incidatur, aperiatur, & per ordinem recitetur. Dietro la pubblica recitazione de' teftamenti, *fono effi inferiti ne' pubblici regiftri.* Ed è rimarchevole, che i notaj, a' quali fi vorrebbe ftoltamente oggidì tanta fede accordare per la veracità delle *tavole* teftamentarie, altra parte non prendono nell'atto della pubblicazione, che di quel *profequutor*, di cui fa motto Marculfo, vale a dire dell'efibitore del teftamento (1).

Fu appunto l'anno 552 quello della disfatta data a' goti da Belifario. Erano allora le fteffe leggi per l'Italia tutta, a' goti foggetta, i quali vi lafciarono le leggi romane: e Ravenna indi a poco fu la capitale dell' efarcato dell'impero greco in Italia, nel quale efarcato andaron comprefe le noftre provincie (2). Non può adunque dubitarfi, che in piena coftumanza era allora il dritto romano in quefte contrade fulla forma di

(1) *Nouveau traité contin. de la fec. part. chap. XI art. 1 §. 11.*

(2) *Giannon. iftor. civ. lib. III cap. V.*

di pubblicarsi dinanzi a' magistrati i testamenti , e di conservarne religiosamente l' *autografo* : e così sempre per noi dovè seguire , perciocchè il dritto romano , sia per forza di legge, sia ricevuto dagli usi , non abbandonò mai queste regioni , e appena per parecchio tempo riconobbe il longobardo per suo consorte (1).

Non v'è ne' secoli appresso alcuna memoria particolare per lo nostro regno de' testamenti , ma sibbene v' è per la Italia tutta. Oltre a parecchie leggi longobarde , nelle quali sta prescritto il modo di formare i testamenti scritti , che dicevasi *facere judicium de rebus suis* (2) , evvi un capitolare dell' Imperador Lotario , molto alla quistione confacente. E' quivi riconosciuta l' opera del notajo ne' testamenti scritti , ma essa si circoscrive, senz' altra autorità darsi loro, alla sola scrittura dell' atto : le *tavole originali* dovean nel pubblico dimostrarsi , per dar fede della volontà di chi disposto avea: *De cancellariis* (i notai allora così

(1) *Const. Puritatem*.
Gian. istor. civ.

(2) *Mabil. de re diplom. l. II c. XIII* , *Dufresn. in glossar. verb. testam.*, *Balut. tom.* 1 *pag.* 246.

sì detti (1)), *qui veraces electi sunt ad homines infirmos veniant*, *& secundum leges instrumenta chartarum conscribant*, *& a testibus roborentur*, *& statim conscripta charta fuerit*, *ostendatur ante episcopum*, *& comitem*, *sive judices*, *& vicarios*, *aut in plebe*, *ut veraces agnoscantur esse* (2). Ecco un altro bel monumento della pubblicazione del testamento in forma solenne, per ogni tempo riconosciuta, ed ecco in ogni tempo l' opera del notajo alla sola rogazion dell' atto limitata.

Leggi del nostro regno.

Se è così, si è forse alcuna cosa da' tempi della nostra monarchia, onde il deposito incomincia delle patrie leggi, particolarmente disposto, che il dritto romano, e la costante osservanza dello stesso sul fatto de' testamenti alteri, o turbi? Due leggi sul modo delle pubbliche scritture nel corpo della nostra legislazione si rinvengono, dappoichè le altre susseguenti o sono conferme, ovvero le persone, e gli abusi riguardano. L' una è la costituzione del sommo imperador Federigo: è una prammatica aragonese l'altra. Nella prima, che è la rinomata costituzione *instrumentorum robur*, pre-

(1) *Mabillon. l. c.*

(2) *Capitul. Imp. Lothar. t.* 3 §. 12.

prescrive Federigo la soscrizion de' testimonj negli strumenti. Or a' tempi di Federigo (regnò appunto questo principe nell' epoca di Innocenzio III, che fu suo balio, e che salito alla cattedra di Pietro, non dimostrò molta amorevolezza per lo allievo suo) già vedemmo, che i notaj conservavano gli *originali*, e tanto è lungi, che Federigo nella sua legge ne avesse in non cale posto il costume, quanto avendo la soscrizione di proprio pugno ricercata de' testimonj, di nullità altrimenti minacciando l' istrumento; nell' *autentico* solo potea vedersene l' adempimento.

La seconda nostra legge è la celebre prammatica di Ferdinando di Aragona. Istituì questo principe nel nostro regno l' uso di que' *protocolli*, che già quasi due secoli prima eransi introdotti nella Francia. Poichè da questa prammatica tanti miserabili equivoci si fan sorgere, sia opportuno di recarne le parole: *Singuli ex dictis notariis in principio cujuslibet anni debent coram priore in loco matriculæ comparere, & præsentare librum ligatum per numerum cartarum, signatum sculptumque in principio cujuslibet cartæ per sigillum civitatis, vel loci prædicti, in cujus libri principio manu ejusdem notarii sit descriptus titulus infrascriptus: hic est liber mei talis notarii, confectus sub tali millesimo, in-*

indictione, anno regni Illustr. Regis, in quo describentur omnes contractus, testamenta, & rogationes, de quibus anno prædicto contigerit me fore rogatum: ad quorum infrascribendorum perpetuam fidem præsentem titulum scripsi manu propria, & signo, quo in meis instrumentis uti consuevi, signavi. Et continuo signum notarii in principio libri ponatur, & in dies in dicto libro ordinate scribantur totius illius anni dicti notarii instrumenta, & rogationes fideliter sine interlineaturis, remissionibus, & cassaturis, cum omnibus substantialibus ipsorum instrumentorum, & rogationum: & si dicti notarii contra fecerint, in decem unciis qualibet vice puniantur (1).

Riflessioni sulla prammatica.

Parecchie considerazioni ne fornisce la recitata prammatica. Non ha mai essa esentato i notaj dal dovere di conservare le *minute* dell' istrumento, o dell' atto qualunque, giusta la legge di Federigo soscritte da' contraenti, ma altra diversità non si rinviene fra' *protocolli* ordinati da Ferdinando, e quelli riconosciuti nelle altre nazioni, che in quelli si univano appunto gli *autentici*, e un tal registro dicevasi *protocollo*, laddove in questi di Ferdinando si descrivono, e si registra-

(1) *Prag. II de notariis.*

ſtrano i contratti ſteſſi, avendoſi ſempre a ſerbare bensì le *autentiche minute*. Di fatti una prammatica auſtriaca della metà del ſecolo decimoſettimo ci aſſicura meglio di queſta verità. Ivi è mentovato l' abuſo allora introdotto, che i notaj traſcuravano di *protocollare* gli ſtrumenti, appunto perchè credean ſicurezza baſtante la conſervazione delle *originali minute*: e ſi preſcriſſe, che *da oggi avanti debbano regiſtrare per* extenſum *ne' protocolli tutt' i contratti, che da eſſi ſi ſtipuleranno*, *ETIAM CHE LE MINUTE FORMATE PER LI CONTRATTI PREDETTI SIENO POSTILLATE, E FIRMATE DALLE PARTI CONTRAENTI* (1). Or ſi dubiterà più di buona fede, che la prammatica di Ferdinando non liberò i notaj dal dovere di conſervare le *autentiche* ſcritture, ſe appunto la loro inviolabile conſervazione, figlia di vecchie leggi, e della coſtituzione di Federigo, facea traſcurare il regiſtro?

L'altra conſiderazione, che la prammatica di Ferdinando ne ſomminiſtra, è anche di momento maggiore. Vuole Ferdinando, che ſi formi un libro, il di cui titolo ſia: *liber . . . in quo deſcribentur omnes contra-*

(1) *Pragm. XIII de notar.*

tractus, *testamenta*, & *rogationes*: e molto acconciamente vi comprende ancora i testamenti, che è un atto notaresco, seguito dall' apertura. Viene in appresso Ferdinando a disporre le cose, che debba il libro contenere: *in dicto libro ordinate scribantur instrumenta*, & *rogationes cum omnibus substantialibus ipsorum instrumentorum*, & *rogationum*. Qui non parla più di testamenti Ferdinando, e avrebbe tradito le leggi, e il costume della veneranda antichità, se parlato ne avesse. Come mai nel *protocollo* scriversi dal notajo i *sostanziali* del testamento? Questi sono, come sul principio vedemmo, nella stessa solennità, e nella sicurezza dell'atto riposti. Si posson bene trascrivere le parti *sostanziali* di un contratto, che dalla sola volontà de' contraenti ha l' essenza sua, ed ove la scrittura è per la sola memoria della cosa: ma del testamento l' *autografo* è tutto, senza di lui non v' è nulla. Avrebbe inoltre l' antico costume violato di conservarsi mai sempre, e con somma religione di riguardarsi le *originali tavole* testamentarie, se altra sicurezza vi richiedea. Nel *protocollo* gli ti del notajo debbono andar soli trascritti: quello dell' apertura del testamento lo è tale, che però nella voce *rogationes* ne ordina Ferdinando la scrittura.

Ma

Ma il testamento è indispensabilmente atto di chi dispone, non del notajo: perciò a ragion veduta non ne richiede egli la trascrizione. Or se l'*originale* non si dovea a mente anche di Ferdinando conservare, qual era mai il testamento da osservarsi?

A tutte queste cose che si oppone? Una sola parola: *la consuetudine*, quella cioè dietro la prammatica di Ferdinando ver la fine del secolo XVII forse ricevuta, di poco curarsi le *minute*, e di accordarsi piena fede a' *protocolli* del notajo. Veggiamola adunque questa consuetudine, quale esser possa a fronte del dritto, quale sia stata di fatto.

Costumanza de' notaj su gli strumenti, e su' testamenti, e sua ragione.

Consuetudinis (è il celebre rescritto di Costantino), *usus que longævi non vilis est auctoritas: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem* (1). Or vincerebbe la legge una costumanza di valere lo scritto testamento senza l'*originale*: si opporrebbe alla retta ragione. Derogherebbe alle leggi, quelle del dritto romano, in questa memoria rapportate (2), ove irrite si dichiarano le volontà de' defunti senza le *tavole originali*. Legge espressa di simil fat-

(1) *L.* 2 *C. quæ sit longa consuetud.*

(2) *L.* 3 *D. fam. erc.*, *l.* 18 *C. de test.*

fatta non v'è per gli ſtrumenti de'contratti fra' vivi, ma una ſola coſtumanza di parecchi ſecoli vi fu, che da contrario coſtume potè ben eſſer diſtrutta. Una legge ſcritta al contrario, che preſcrive la conſervazione dell'*original* teſtamento, ha biſogno, maſſime in un felice governo di monarchia, di altra legge ſcritta del ſommo imperante, per diminuirne l'autorità.

Alla ragione inoltre ſi opporrebbe la conſuetudine di darſi fede, dell'*originale* in fuori, ad altra ſcrittura ne'teſtamenti. In eſſi la volontà del defunto è tutta arcana, tutta ſconoſciuta. E' ignota a'teſtimonj, de'quali la preſenza, e la ſoſcrizione ſi richiede ſolamente per aſſicurare della ſolenne chiuſura, e della conſegna fatta del teſtamento nelle mani del notajo (1). Non poſſono adunque in niun modo far eſſi fede della diſpoſizion del defunto, ignota benanche al notajo, che fa del teſtamento la chiuſura. Non così degli ſtrumenti: ciò che nell'iſtrumento ſi contiene, è noto a'contraenti, è dettato al notajo, è fatto paleſe a'teſtimonj. Poſſon dunque coſtoro in mille guiſe il notajo riconvenire, ſe nel *protocollo* l'iſtrumen-

(1) *Deſid. Herald. l.* 2 *animadverſ. in Salmaſii obſ. ad jus att.*, & *rem. c.* 6 *n.* 6, & 16.

mento trafcrive in altra forma. Ma chi lo fmentirebbe, fe altrimenti il teftamento trafcriveffe? Forfe il teftatore dal fepolcro, o i teftimonj del teftamento, che nel folo atto della chiufura furon prefenti? Refta dunque la fede del folo notajo, che il trafcrive. E dov'è in dritto quefto ftravagante moftruofo privilegio, ad una perfona accordato, che colla fola fua fede difponga delle volontà de' defunti?

Fa il notajo l'apertura del teftamento, cioè a dire roga il pubblico atto, che i teftimonj han riconofciuto i loro fuggelli, e le loro fofcrizioni appofte dietro alla carta del teftamento, che fu a lui data. Ecco l'uffizio fuo terminato. Mercè quefto atto acquifta la fcrittura del teftamento, altrimenti carta privata (1), pubblica fede. Ma la volontà del teftatore dipende fempre da quel teftamento fofcritto da lui, che la folenne forma ha ricevuto. Chi dice, la trafcrizione nel *protocollo* fatta per avventura dal notajo coftituir la volontà del defunto, parla fenza appoggio di legge. La perfona del notajo non foftiene neanche di due teftimonj le veci (2), che anzi

(1) *De Franch. dec.* 530, *&* *Affl. dec.* 143.
(2) *Cap. quum Joannes ext. de fid. inftrum.*

zi in quanto agli scritti testamenti, nella celebre legge *hac consultissima* appena l'autorità di un sol testimonio gli si concede. Or come sarà, che la sua sola fede assicurar puote dell'intero testamento? Odasi opportunamente Pietro Gilkenio, che neppure tanto stravagante idea combattè, ma sibbene nell'esame della sola quistione, se, morti i testimonj del testamento, se ne possa pure dal notajo far l'apertura, così scrive: *Porro hanc interpretationem illa absurditas continerct, quod in unius tabellionis potestate sit testatoris voluntatem eludere, dum institutionis, vel substitutionis, legatorum, fideicommissorum verba aliter concipere, quam a testatore ordinata sunt, potest: imo, quod deterius est, etiam falsas substitutiones, legata, vel fideicommissa subjicere* (1).

Ma se la consuetudine di non conservare l'*original* testamento derogherebbe a leggi espresse, e colla retta ragione contrasterebbe, essa non mai vi fu, dappoicchè una moltitudine intera, e molte età è impossibile di consentire sempre mai, dove v'ha del loro interesse, in un costume dalla sana ragione contraddetto. E' tanto vero, che di assoluta necessità l'*original* testamen.

---

(1) *Gilken. in Cod. tit. de testam. in leg. 2 n. 6.*

mento dee conservarsi, e che la prammatica di Ferdinando non mai pensò di farlo trascrivere dal notajo; quanto la stessa consuetudine, che fece trascurare la conservazione delle *originali minute* degli strumenti, fece mai sempre anche negli stessi tempi conservare l'*original* testamento: e lungi di essere in modo alcuno trascritto dal notajo nel *protocollo*, fu sempre, e lo è tuttavia da' notaj *originalmente* nel *protocollo* inserito. Carlantonio de Rosa nella sua pratica civile del nostro regno ci assicura di questa verità (1). Evvene una pruova lampante negli atti della *spettanza* di Ferretti mercè una fede giurata di quanti sono forse i notaj di questa capitale. E' dimostrata per la causa stessa nelle provincie. Basta aprire qualunque *protocollo* per vederlo ad occhio nudo, anche in questi ultimi tempi praticato, quando l'abuso de' notaj nelle loro scritture cresciuto all'eccesso, una provvida legge vi ha portato riparo. L'assicura finalmente la stessa mentovata legge, la quale mentre per le *minute* degli strumenti con tanto rigore rinnova l'antico costume di conservarsi *originalmente*, pe' testamenti scritti poi nulla dice di nuovo, ma di seguitarsi prescrive la

(1) *De Rosa civil. decret. prax. cap. 3 n. 110.*

la pratica antica. Sarebbe pur bella, che da oggi innanzi dopo tante cure del legislatore invalidi fossero gli ſtrumenti ſenza le *originali minute*, valido poi lo ſcritto teſtamento ſenza la ſcrittura del teſtatore! A queſto inudito aſſurdo menerebbe la contraria oppinione. Ed oh Dio immortale! Legge ſcritta non v'è, che permetta la diſſipazione delle carte *originali*. Una ſola coſtumanza ſi allega, che meglio abuſo diraſſi. Queſta ebbe luogo ſolamente negli ſtrumenti degli atti fra' vivi. Or come mai ſi traſporterà allo ſcritto teſtamento eziandio? Con qual logica ſi trarrà un abuſo ad un altro? *Quod contra rationem juris receptum eſt, non eſt producendum ad conſequentias* (1): *quod non ratione introductum, ſed errore primum, deinde conſuetudine obtentum eſt, in aliis ſimilibus non obtinet* (2). Queſti ſono i canoni del pubblico dritto. Ma via, ſi ricorra pure alla conſuetudine. Se queſta introduſſe la non curanza delle *originali minute* de' contratti, conſervò mai ſempre gli *autentici* teſtamenti. Or quale mai fatalità farà ſeguir la prima, adattandola a' teſtamenti, ne' quali non ebbe mai luogo, traſcurar farà la

(1) *Leg.* 14 *D. de legibus.*
(2) *Leg.* 21 *D. eod.*

la seconda, che fu mai sempre ne' testamenti scritti osservata, e per leggi espresse riconosciuta?

E' di tal modo in fine vie più necessaria nel nostro regno la carta *originale* del testamento, quanto presso di noi fu sconosciuto il costume della *pubblicazione* di esso, o sia della recitazione solenne dinanzi a pubblici magistrati, che praticavano le leggi romane, che conobbero ancora le leggi de' secoli di mezzo. Allora un atto così pubblico, e solenne, potea per avventura supplire alla conservazione delle *tavole originali*, e pure vedemmo, che l' inserirle ne' pubblici registri era il fine dell'atto. Ma di presente *pubblicazione* non v'è, la sola apertura del notajo si conosce, e bene avvertì il Gilkenio: *illos toto errare cælo, qui putant publicationem tabellionis sufficere* (1). Or dunque se *l'autentico* non si conservi, quale altra pubblica fede al testamento rimarrà?

Conchiusione dell' argomento.

Ma dirà forse taluno: se in qualunque tempo adunque, dietro lunga esecuzion del testamento, la carta *originale* si smarrisce, l' incendio la consuma, l' inondazione la porta via, da altri è involata, decaderà di fede il testamento? Un cosiffatto ra-

(1) *Gilken. in leg.* 18 *Cod. de testam.*

ragionare sarebbe calunniar la legge, non eseguirla. Se di un testamento l'*originale* vi fu, e fu in giudizio presentato, e per lunga pezza riconosciuto, indi l'*autografo* per qualche accidente delle umane vicende si disperda, o venga involato, non potrà certamente negarsene per tal fatto, che dimostrato sia, la pubblica fede: non già perchè dell'*originale* non faccia mestiere, ma perciocchè gl' inopinati accidenti non sono in possa de' mortali. Dimandava l'accusatore di Archia a Cicerone il registro degli eracliesi, che s'era incendiato. Era questo necessario alle dimostrazioni di Archia, ma risponde l'oratore di Roma: *Hic tu tabulas desideras Heracliensium publicas, quas incenso tabulario interiisse scimus omnes? Est ridiculum ad ea, quæ habemus, nihil proferre, quærere, quæ habere non possumus* (1). Ma di questi casi in fuori, i quali *prætereunt legislatores*, la *carta originale* del testamento è in ogni tempo necessaria, quando di una parte del testamento l'esecuzion si dimanda. Lo è vie maggiormente, laddove la prima fiata si produce in giudizio, o per la prima fiata di una parte di quello si voglia l'osservanza, dappoicchè essendo in qualche modo l'esibizione del testa-

---

(1) *Ciceron. Orat. pro Archia*.